

LA PROTECCIÓN CIVIL EM LOS CASOS DE RIESGO PRENATAL

JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH

Catedrático de Direito Civil da Universidade de Alicante

I. Nota introductoria.

Las líneas que siguen corresponden a la versión escrita de la ponencia presentada en las I Jornadas Luso-Hispano-Italianas de Derecho de las Obligaciones y Derecho de Familia que, agrupadas en el tema «Responsabilidad civil en las relaciones familiares» y con la dirección del Prof. D. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, tuvieron lugar el 14 de marzo de 2019 en la Universidad Lusófona de Oporto.

El tema atrajo mi atención hace ya tiempo, cuando se publicó el 26 de julio de 2017 en el Diario Información de Alicante¹ una noticia que llevaba por título «El *Consell* retira cada semana la tutela de cuatro bebés en la provincia al dar positivo en drogas en el embarazo», con el subtítulo «La *Generalitat* se ve obligada cada vez más a proteger a recién nacidos cuyos progenitores consumen estupefacientes durante la gestación». Dejando a un lado las incorrecciones cometidas al titular la noticia, algo bastante habitual en los medios de comunicación cuando se trata de cuestiones jurídicas, lo que ponía de manifiesto la lectura de la información, con datos aportados desde la propia Dirección Territorial de Alicante, era la magnitud del problema, pues la media de casos por semana es ciertamente preocupante, entre otras razones, porque consumir drogas durante el embarazo es un desprecio absoluto por la vida del hijo, siendo más que evidente que se pone en riesgo el normal desarrollo del feto y la salud del recién nacido², siendo el efecto

41

¹ Véase la noticia en <http://www.diarioinformacion.com/noticias-suscriptor/elche/2017/07/26/consell-retira-semana-tutela-cuatro/1920547.html>

² Incluimos también al alcohol, cuyo consumo durante el embarazo puede dar lugar al denominado síndrome alcohólico fetal y a otros cuadros de riesgo de afectación fetal. Así, la SAP Barcelona de 9 de marzo de 2018 (ROJ: SAP B 645/2018) nos presenta un caso de consumo de opiáceos y alcohol en el que el *Institut Català de l'Adopció* acuerda el desamparo preventivo con suspensión de la patria potestad y dispone la retención hospitalaria. El hospital había detectado consumo de alcohol durante el embarazo y

más importante del consumo de drogas sobre el feto el síndrome de abstinencia del recién nacido³.

El objeto de este estudio es analizar los mecanismos de protección del *nasciturus* (y, por extensión, del recién nacido) que ofrece el Derecho civil, sin olvidar tampoco la perspectiva constitucional. La protección concedida por el art. 39 CE a la familia tiene continuas referencias a los hijos y la orientación de la legislación ordinaria responde a la consagración en el plano constitucional e internacional del interés del menor como principio superior que debe presidir cualquier resolución en materia de protección de menores⁴.

Como veremos, hay necesidad de clarificar el panorama de las decisiones que afectan al *nasciturus* expuesto a las drogas. En particular, convendrá distinguir y situar correctamente, en sus justos límites, las situaciones de riesgo y de desamparo, a la luz del importante desarrollo y modificación que han tenido con la reforma de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Hay que ser extremadamente cuidadosos en el ejercicio de las potentes y contundentes potestades que tiene la Administración en el sistema español de protección de menores, y este es un caso ciertamente muy delicado, donde directamente se puede pasar a estar en manos de la Administración desde la planta de maternidad del hospital. Es necesario

42

bajo peso, talla y perímetro craneal en el menor; la madre había consumido cocaína y opiáceos durante el embarazo y el menor presentaba fonotipo con síndrome de alcoholismo fetal.

De gran interés, para conocer la situación de alto riesgo que deriva del consumo de drogas por la mujer embarazada, resulta el *Protocol de coordinació d'actuacions per a la prevenció i l'abordatge del maltractament prenatal*, Secretaria d'Infància i Adolescència, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2010, disponible en <http://studylib.es/doc/8188303/protocol-de-coordinaci%C3%B3-d-actuacions-per-a-la-prevenci%C3%B3-i-l>

³ Vid. el antes citado *Protocol de coordinació d'actuacions per a la prevenció i l'abordatge del maltractament prenatal*, Secretaria d'Infància i Adolescència, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2010, p. 21.

⁴ Conforme al art. 39 CE: «1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

En el ámbito internacional, destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, y la Resolución A 3-0172/92, del Parlamento Europeo, que aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño.

evitar decisiones graves e irreversibles, que no respondan a una adecuada valoración de las circunstancias.

II. Riesgo prenatal. La reforma de 2015 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

1. La situación de riesgo.

La reforma de 2015 de las instituciones de protección a la infancia y la adolescencia cambia notablemente la regulación de la situación de riesgo. Frente al anterior art. 17⁵, que se limitaba a dar el concepto y encomendar genéricamente a la Administración el control de la situación de riesgo, el nuevo art. 17 detalla más las situaciones y los instrumentos que puede emplear la Administración para su valoración y declaración.

La definición de la situación de riesgo se encuentra en el art. 17.1: «... aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar...».

Cabe destacar de esta definición que se trata de una situación de desprotección efectiva, no eventual o potencial, pues la ley dice que la misma «perjudica» al menor, lo que justifica que exista una actuación protectora; y, a la vez, el perjuicio, siendo efectivo, no es de tal gravedad como para recurrir a la declaración de desamparo y asunción de la

⁵ El texto original del art. 17 LOPJM decía:

«En situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia.

Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento del menor en la familia».

tutela del menor por la Entidad Pública y consiguientemente a la separación del menor, siendo, en este sentido, una actuación preventiva, pues se pretende evitar la separación del menor de su familia⁶.

Tras la definición, el propio art. 17.1 LOPJM concreta dos indicadores de riesgo: «el tener un hermano declarado en tal situación salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente» y «la concurrencia de circunstancias o carencias materiales». Respecto de este último indicador, se matiza que «nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar», lo cual es coherente con lo que se dice en el art. 18.2.II LOPJM cuando, al regular el desamparo, señala que «la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo».

2. Previsión específica de intervención en caso de riesgo prenatal.

El riesgo prenatal no es un indicador o factor de riesgo, sino una situación de riesgo para la que se establece una previsión específica de intervención por su propia particularidad⁷.

Con la reforma de 2015 de la LOPJM se regula por primera vez, a nivel estatal, la situación de riesgo prenatal⁸. El legislador presta atención al periodo previo al nacimiento, pero no prevé una declaración de desamparo, sino simplemente una situación de riesgo⁹.

44

⁶ Vid. el análisis de MARTÍNEZ GARCÍA, C.: «El sistema de protección de menores en España», en *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, coord. MARTÍNEZ GARCÍA, C., Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 391.

⁷ Al respecto, MARTÍNEZ GARCÍA, C.: *op.cit.*, p. 392.

Se considera que en la nueva regulación se le otorga un tratamiento individualizado al estado específico del riesgo prenatal: sobre el particular, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: *El sistema de protección a la infancia y la adolescencia (Análisis crítico desde la perspectiva de su eficacia para evitar la exclusión social)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 150.

⁸ Sobre su calificación dentro del riesgo físico, vid. ARGELICH COMELLES, C.: «Hacia un sistema armonizado de protección de menores en situación de riesgo y desamparo», *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 4, 2017, pp. 127.

⁹ Se observa, dice ORDÁS ALONSO, M.: «El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio», *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2016, p. 60, cómo el legislador adopta medidas de protección ante una situación de estas características, pero no a través de la declaración de desamparo del *nasciturus*, sino mediante la declaración de una situación de riesgo prenatal.

La situación de riesgo, como ocurría antes de la reforma, no aparece contemplada en el Código civil, ni tampoco sus efectos jurídicos, a diferencia de la situación de desamparo. Al respecto, TEJEDOR MUÑOZ, L.:

Este dato es crucial, pues convendría acabar con interpretaciones forzadas cuando, en ausencia de una norma que expresamente lo diga, se acude a declarar el desamparo con carácter preventivo; incluso debería también servir para abrir la reflexión en aquellas regulaciones autonómicas que sí contemplan específicamente el desamparo del *nasciturus*. Más adelante profundizaremos en los argumentos, pero conviene apuntar ya que el legislador ha situado la cuestión en el terreno de la situación de riesgo, por lo que si se considera más adecuado el desamparo deberá constatare que efectivamente el caso tiene la gravedad suficiente que aconseja la separación del menor de su ámbito familiar.

Conforme al art. 17.9, «la administración pública competente para intervenir en la situación de riesgo adoptará, en colaboración con los servicios de salud correspondientes, las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, de las situaciones de posible riesgo prenatal, a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido. A tales efectos, se entenderá por situación de riesgo prenatal la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido. Los servicios de salud y el personal sanitario deberán notificar esta situación a la administración pública competente, así como al Ministerio Fiscal. Tras el nacimiento se mantendrá la intervención con el menor y su unidad familiar para que, si fuera necesario, se declare la situación de riesgo o desamparo del menor para su adecuada protección»¹⁰.

45

«La guarda, acogimiento y desamparo de menores», en *Protección Jurídica del Menor*, coords. PONS DE LA FLOR / TEJEDOR MUÑOZ, L., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 153.

¹⁰ Por su parte, el Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño tiene presente que este «por su falta de madurez, física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección, tanto antes como después del nacimiento». Hay, pues, una referencia expresa a la situación anterior al nacimiento.

Este Preámbulo, que ahora citamos como referencia normativa internacional del art. 17.9 LOPJM, ha servido también para justificar el desamparo del *nasciturus* que expresamente dispone la legislación catalana, a la que luego nos referiremos. Así, la STSJ Cataluña de 31 de marzo de 2011 (ROJ: STSJ CAT 2682/2011) dice: «Desde el punto de vista de la normativa internacional, tampoco podría considerarse un supuesto arbitrario y, mucho menos, contrario a los tratados internacionales – el Preámbulo de la CNUDN tiene presente que “como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño, por su falta de, madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento” – la declaración de desamparo de un *nasciturus*, admitida expresamente por nuestra legislación a título preventivo (art. 2.1 *Llei 37/1991*), que, por lo demás, ha tenido cierto reflejo en la jurisprudencia de nuestras Audiencias provinciales. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 8 de septiembre de 2005 (ROJ SAP GI 1113/2005) acuerda el desamparo del *nasciturus* hijo de madre toxicómana a la que le habían sido retirados otros cuatro hijos anteriores. La

Como vemos, el precepto define el riesgo prenatal y diseña un sistema en el que debe intervenir la Administración competente en la situación de riesgo, normalmente los entes locales¹¹, en colaboración con los servicios de salud. En la práctica¹², son los servicios de salud y el personal sanitario los que detectan la situación de riesgo prenatal y notifican a la Administración y al Ministerio Fiscal. Una vez comprobada tal situación, la Administración adoptará las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, para evitar una posterior declaración de situación de riesgo o, en los casos más graves, una declaración de desamparo del recién nacido. No se especifican medidas concretas, pero parece lógico aventurar que las que se adopten se orientarán a disminuir y acabar con la situación de riesgo.

En el caso de riesgo prenatal, no se dicta resolución administrativa declarándolo, sino que se establecen las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido. Es un régimen peculiar dentro de la situación de riesgo del art. 17 LOPJM.

La definición de riesgo prenatal es lo suficientemente amplia para englobar toda la variedad de casos que pueden darse. Si el consumo de sustancias con potencial adictivo no es «abusivo» (cuestión esta que puede plantear un problema de interpretación), siempre cabrá acudir a las otras dos alternativas: la «falta de cuidado físico de la mujer gestante» o «cualquier otra acción propia de la mujer», si a ello cabe añadir el requisito final de que «perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías

Sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona (18ª) de 3 de junio de 2004 (JUR 2004, 209029) que reconoce el desamparo de un *nasciturus* por tener sus padres las facultades mentales limitadas y haber fracasado el intento de que cumplieran un plan de mejora. La Sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona (18ª) de 15 de diciembre de 2005 (RPJ AAP B 6356/2005) se refiere a un *nasciturus* hijo de una madre incapacitada y sometida a tutela y de un padre enfermo mental (esquizofrenia paranoide). Finalmente, la Sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona (18ª) de 11 de octubre de 2006 (ROJ SAP B 10301/2006) que valora especialmente una falta de atención higiénica y médica, una alimentación precaria y una falta de capacidad de protección para justificar el desamparo».

¹¹ Hay que remitirse a lo que disponga la legislación estatal y autonómica sobre la Administración competente para las situaciones de riesgo.

¹² Otra cosa será la inexistencia de control en el embarazo, que no permitirá a los servicios sanitarios detectar la situación de maltrato prenatal. Convendría también tomar nota de los casos que, asociados o no al consumo de drogas, constatan una falta de control médico del embarazo, a fin de evitar, precisamente, el conocimiento del mismo por los Servicios Sociales. Así sucede en la SAP Barcelona de 11 de octubre de 2006 (ROJ: SAP B 1031/2006), donde valora especialmente la falta de higiene y atención médica, una alimentación precaria y una falta de capacidad de protección para justificar la declaración de desamparo; en el caso de autos, sin embargo, no había consumo de drogas durante la gestación.

físicas, mentales o sensoriales del recién nacido». Son formulaciones muy amplias, que permiten una gran adaptación al caso concreto.

El diseño del sistema de protección del art. 17.9 LOPJM puede presentar problemas de aplicación en la práctica, sobre todo cuando la situación se detecta con el ingreso hospitalario para el parto¹³. Un gran inconveniente es que el tiempo es limitado, si atendemos a la estancia medida por parto, lo que puede derivar en una imposibilidad de realizar un estudio de la situación de riesgo; habrá, pues, que indagar en otros servicios a la hora de realizar el diagnóstico y ver los antecedentes previos al ingreso hospitalario, algo que muchas veces no será posible.

Más bien parece un sistema diseñado para elaborar con tiempo y poner en marcha un proyecto de intervención social, en el que expresamente se avise a la madre gestante de los riesgos de no acabar con el consumo de drogas y las repercusiones que el mismo tiene sobre el *nasciturus*; se deduce de la lectura del art. 17.9 LOPJM que el sistema tiende a la prevención, cuando dice que la Administración adoptará «las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, de las situaciones de posible riesgo prenatal, a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido». El recién nacido continuará con la madre (y con su familia de origen) si se ha seguido el proyecto y se ha cumplido con sus objetivos, y contará todavía, si es necesario, con los apoyos sociales y de los diferentes equipos implicados. En caso contrario, se mantendrá la intervención del menor, pudiéndose declarar, además de la retención hospitalaria, la situación de riesgo o el desamparo; ahora bien, llegados a este punto, conviene apuntar que el TEDH tiene declarado que el hecho de apartar a un menor de su madre en el momento del alumbramiento debe ser excepcional y por razones extraordinariamente imperiosas¹⁴; no quiero dejar de señalar que debe hacerse un profundo y adecuado análisis, para no incurrir en declaraciones de desamparo que, sin una base realmente fundamentada (es decir, siendo situaciones más de riesgo que de desamparo), acaben separando definitivamente al menor, por el tiempo transcurrido y a pesar de haber mejorado las condiciones, de su familia de origen; la indudable gravedad

¹³ Lógicamente, si hay control de la gestante durante el embarazo, será más fácil el seguimiento del caso y la valoración de los casos de riesgo.

¹⁴ Sobre el tema, MÚRTULA LAFUENTE, V.: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 226, que cita la STEDH de 7 de agosto de 1996, caso Johansen contra Noruega (TEDH 1996, 31) y 16 de julio de 2002, caso P.C. y S. contra Reino Unido (JUR 2002, 181257).

del hecho del consumo de drogas por la madre gestante no debe impedir un concienzudo examen de las circunstancias del caso; la Administración, sin decisiones precipitadas, debe hacer todo lo posible para que la situación sea reversible y si lo es debe ser muy prudente con las decisiones que aparten al menor de la familia biológica o impidan el contacto. La situación de desamparo tiene un carácter subsidiario y ha de enjuiciarse con una interpretación restrictiva¹⁵, y no se olvide que la reforma de 2015 ha optado por definir una situación específica de riesgo, la de riesgo prenatal, y por ubicarla en el art. 17 LOPJM¹⁶.

III. Otras actuaciones de protección.

1. La declaración de desamparo del recién nacido.

Ni la LOPJM, que acabamos de ver, ni el Código civil (art. 172), hacen referencia alguna a la posibilidad de declarar el desamparo con anterioridad al nacimiento.

Tras la reforma de 2015, el art. 18.1.IV LOPJM enumera las situaciones en las que se entiende que existe situación de desamparo. Entre ellas, el apartado c) se refiere al riesgo para la vida, salud e integridad física del menor y señala, en particular, que «también se entiende que existe desamparo cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal». La norma toma como referencia al «recién nacido», por lo que claramente la situación que contempla es la de un recién nacido que, a causa de los graves perjuicios causados por el maltrato prenatal, se encuentra privado de la necesaria asistencia, dándose así el otro requisito del art. 172 C.c. que se acumula al del incumplimiento de los deberes y permite la declaración de desamparo.

¹⁵ Al respecto, BENAVENTE MOREDA, P.: «Desamparo, acogimiento y retorno a la propia familia», *Derecho privado y Constitución*, 2009, núm. 23, p. 25; Díez GARCÍA, H.: en *Comentarios al Código Civil (art. 172)*, t. II, dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1787.

¹⁶ Convendría tomar nota de la reflexión de CALVO BOTELLA, H.: «Maternidad, infancia y drogas: implicaciones clínicas», *Adicciones*, 2004, vol. 16, núm. 4, p. 15: «En el momento del embarazo, se recomienda evitar enfoques condenatorios sobre la futura madre y realizar intervenciones de corte emocional. Cuando se trata de intervenciones sobre familias ya formadas, debe recordarse el principio del “interés superior del niño”, sin que ello suponga, nuevamente, la condena o reproche automático sobre la familia. Aun cuando parezca reiterativo dado que se trata de una indicación clásica en el ejercicio de la práctica profesional, es obligatoria una cuidada evaluación de cada caso particular, en la que se exploren los aspectos concretos de la drogodependencia materna, el vínculo afectivo materno-filial, las pautas educativas, los apoyos sociales, la problemática presentada por el menor, etc. Todo ello considerado el aprovechamiento y desarrollo de las potencialidades de los individuos objeto de la intervención».

En línea de principio, se piensa, pues, en una declaración de desamparo que se producirá siempre tras el nacimiento y, ciertamente, antes y después de la reforma de 2015, son muy frecuentes los casos judiciales en que se declara el desamparo de recién nacidos con síndrome de abstinencia o con analítica positiva en cocaína y opiáceos.

Una primera referencia la proporciona la SAP Cádiz de 19 de septiembre de 2006¹⁷. A diferencia de las sentencias que citaremos después, que versan sobre una declaración de desamparo, aquí la cuestión objeto de debate se circunscribe a determinar si los padres biológicos del menor se encuentran o no incurso en causa de privación de la patria potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, pero al hilo de esto vemos, como antecedentes del caso, la situación de maltrato prenatal del menor que, tras un embarazo no controlado, nació dando la analítica de tóxicos en orina positiva a cocaína y anfetaminas, lo que provocó la intervención urgente de la administración acordando el desamparo del menor y asumiendo la tutela un mes más tarde de su nacimiento.

En la SAP Sevilla de 5 de febrero de 2007¹⁸, la recién nacida presentaba síndrome de abstinencia por el que se encontraba ingresada desde su nacimiento, debido a la adicción de la madre a la heroína y cocaína y su tratamiento con metadona, siendo retirada del hospital con alta voluntaria a pesar del riesgo que suponía para la menor, con detección de una afección cardíaca y negándose la madre a ingresarla en un centro hospitalario.

En el caso de la SAP Barcelona de 13 de mayo de 2016¹⁹, tras nacer el menor con síndrome de abstinencia dado el consumo de la madre de drogas tóxicas durante el embarazo, se declaró su desamparo y se acordó su retención hospitalaria, ordenando en una resolución posterior su guarda en familia de urgencia y de diagnóstico.

La SAP Tarragona de 27 de mayo de 2016²⁰ es otro ejemplo: el menor nació el 28 de agosto de 2011, decretándose el desamparo dos días después y permaneciendo ingresado 6 meses, hasta el 3 de febrero de 2012. Había nacido prematuro (26 semanas de gestación) por un embarazo no controlado y maltrato prenatal, siendo su progenitora consumidora de sustancias tóxicas y estupefacientes durante el embarazo, presentando graves problemas de salud el menor al tiempo del nacimiento, con parada cardíaca y análisis positivo en orina y opiáceos. La resolución que acuerda el desamparo fue desencadenada

¹⁷ ROJ: SAP CA 1150/2006.

¹⁸ ROJ: SAP SE 577/2007.

¹⁹ ROJ: SAP B 4912/2016.

²⁰ ROJ: SAP T 792/2016.

por la comunicación que efectuaron los servicios sanitarios al tiempo de atender el nacimiento del menor.

En el caso de la SAP Zaragoza de 7 de diciembre de 2016²¹, la menor nació con síndrome de abstinencia, declarándose su desamparo. El embarazo no fue controlado y la menor tuvo que ser sometida a tratamiento hospitalario tras nacer.

En la SAP Palma de Mallorca de 11 de mayo de 2017²², la menor llevaba tutelada por el *Institut Mallorquí d'Afers Socials* desde los cuatro días de vida, habiendo dando positivo en cannabis. Había nacido con falta de peso y se le dio de alta cuando subió de peso, encontrándose al cuidado de una familia «canguro».

El relato de los casos anteriores pone de manifiesto que viene declarándose por la Administración el desamparo del recién nacido. Con los datos normativos actuales, vendría a encajar la situación, siempre que la valoración de las circunstancias haya sido correcta, en el «inadecuado ejercicio de los deberes de protección»²³, causa a la que alude el art. 172 C.c. y que tendría su origen en maltrato prenatal (no se olvide que el supuesto que consideramos es el de un desamparo de recién nacido) al que expresamente alude el art. 18.1.IV apartado c) LOPJM, ya visto con anterioridad.

50

2. La declaración preventiva de desamparo.

¿Cabe una declaración preventiva (esto es, anterior al nacimiento) de desamparo del *nasciturus*?

²¹ ROJ: SAP Z 2121/2016.

La sentencia presenta interés, porque refiriéndose a una sentencia anterior de la misma Audiencia, de 4 de enero de 2010, afirma que es posible apreciar la situación de desamparo incluso por conductas anteriores al nacimiento del niño «si se apreciaba el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes, incluso para el futuro, derivado de la conducta de la madre antes del nacimiento». En realidad, no se trata de una sentencia de Audiencia, sino del TSJ de Aragón. Es la STSJ Aragón de 4 de enero de 2010 (ROJ: STSJ AR 301/2010), donde se declara el desamparo nada más nacer, poniendo de manifiesto que la situación de la madre antes del parto la convertía en incapaz de cuidar a su hijo (minusvalía, carencia de ingresos suficientes, escasa estabilidad emocional, carencia de apoyos familiares y rechazo de los apoyos sociales ofrecidos); *vid.* el comentario crítico de MAYOR DEL HOYO, M.V.: «Análisis de los problemas jurídicos de aplicación del desamparo de menores en Aragón y propuestas hermenéuticas y de *lege ferenda*», *RDCA*, 2013, XIX, pp. 13 y ss.

²² ROJ: SAP IB 936/2017.

²³ Sobre este concreto encaje en el «inadecuado ejercicio de los deberes de protección», *vid.* SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M.: «Las nuevas instituciones de protección del menor», en *Protección de menores en el Derecho civil español*, dir. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., Servicio Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2018, p. 203.

El tema es ciertamente complicado, sobre todo a la luz de la legislación estatal y de la autonómica, cuando esta última tampoco contempla expresamente esta posibilidad; si leemos la noticia que nos servía de introducción, vemos que desde la Administración valenciana se afirma que «hemos declarado desamparo del gestante (sic) incluso desde antes de nacer y desde el primer día de su vida», lo que significa que, en la práctica, existe tanto el desamparo del recién nacido como el del *nasciturus*²⁴.

La Comunitat Valenciana no está, precisamente, entre las Comunidades que expresamente (esto es, en la letra de la ley) recogen el desamparo, con carácter preventivo, del *nasciturus*. Aquí, la lista es corta: Cataluña y La Rioja.

En Cataluña, la posibilidad de declarar antes de nacer el desamparo está prevista ya desde hace varias décadas, desde la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre protección de los menores desamparados y la adopción. Actualmente, la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, señala en el art. 110.4 que «la declaración preventiva de desamparo antes del nacimiento es procedente cuando se prevé claramente la situación de desamparo del futuro recién nacido», añadiendo que «en el supuesto de maltrato prenatal, el órgano competente en materia de protección de los niños y los adolescentes puede pedir a la autoridad judicial las medidas necesarias en relación con la madre para hacer efectiva la futura protección del recién nacido».

51

La SAP Girona de 8 de septiembre de 2005²⁵ presenta un caso de desamparo de un *nasciturus*. La declaración se hace en base a los arts. 2.1 y 2.2 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre protección de los menores desamparados y la adopción, donde se preveía, concretamente en el art. 2.1, que «el organismo competente a que se refiere el artículo 1 tomará las medidas necesarias para conseguir la protección efectiva de los menores desamparados y, preventivamente, antes de nacer, cuando se prevea claramente la situación de desamparo del futuro bebé». La Audiencia, confirmando la sentencia de primera instancia que avaló la resolución administrativa de desamparo, constata que

²⁴ La declaración de desamparo se hace con anterioridad al nacimiento y producido el nacimiento se acuerda la retención hospitalaria y posteriormente la guarda del menor en una familia de urgencia y diagnóstico. Estamos hablando de un acogimiento de urgencia (que se corresponde con menores de 6 años y con una duración temporal que no podrá superar los 6 meses, plazo en el que se decidirá la medida de protección más adecuada para el menor): art. 173 bis C.c.

²⁵ SAP GI 1113/2005.

concurría una situación de peligro para el *nasciturus*: la madre gestante era portadora del virus VIH y consumidora de heroína y cocaína, así como de alcohol.

En La Rioja, el art. 32.4 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores, contiene la siguiente disposición: «La Consejería competente en materia de Servicios Sociales tomará las medidas necesarias para conseguir la efectiva protección de los menores desamparados, incluso antes de nacer, cuando se prevea claramente que el concebido, cuando nazca, se encontrará en situación de desamparo». La norma se ubica dentro del Capítulo I, «Disposiciones generales» del Título II, «De las situaciones de desprotección social de los menores». Podría, pues, dar apoyo la norma a una declaración con carácter preventivo del desamparo del *nasciturus*.

Menos explícita, y por eso cabe la duda razonable de añadirla al grupo de las dos anteriores, es la Ley vasca 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia. Los términos son muy genéricos y no aparece la mención expresa al desamparo en el art. 52.2, conforme al cual: «Cuando las administraciones públicas competentes tengan conocimiento de que peligra el normal desarrollo del *nasciturus*, lo pondrán en conocimiento del ministerio fiscal a fin de que adopte las medidas oportunas para garantizar su bienestar hasta el momento del nacimiento. Todo ello, sin perjuicio de los supuestos contemplados en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de Interrupción Voluntaria del Embarazo».

La pregunta es obvia: ¿puede adoptarse, en ausencia de disposición expresa en la ley (estatal o autonómica), la declaración de desamparo antes de producirse el nacimiento?

Hay sólidos argumentos en contra. Hace tiempo, con anterioridad a la reforma de 2015, DÍEZ GARCÍA²⁶, que postulaba la situación de riesgo para estos casos, afirmaba que los

²⁶ El razonamiento completo de DÍEZ GARCÍA, H.: *op.cit.*, p. 1796 es el siguiente: «De otra parte, estos presupuestos del *desamparo* – privación de la necesaria asistencia moral y/o material originado por el incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección legalmente establecidos – impiden, a mi modo de ver y, en atención a su misma naturaleza subsidiaria que, como se vio excluiría su utilización *preventiva*, pues para ello está la situación de *riesgo*, reputar desamparado al *nasciturus*, aunque así se entienda en algunas decisiones judiciales y se reconozca en algunas leyes autonómicas. Ni el *nasciturus* tiene personalidad jurídica, ni está aún sujeto a *potestad alguna*, por lo que malamente puede ésta haberse incumplido o ejercido inadecuadamente. Además, *todavía* estrictamente no está privado de la necesaria asistencia moral y/o material si no ha nacido. Aparte de estas razones, el inmediato alejamiento del nacido de su entorno puede llegar a constituir una forma de eludir la norma cautelosa establecida en el art. 177.2º, ap. 2º, III que impide el asentamiento de la madre a la adopción antes de que transcurran treinta días desde el parto, pues bastaría con declarar el desamparo por anticipado e inmediatamente después se podría proceder a la adopción del ya nacido sin contar con el asentimiento de la madre – que se reputaría ordinariamente incurso en causa de privación – aun antes de ese plazo. Por eso mismo tampoco creo lógicamente que cupiera admitir un consentimiento por anticipado a un eventual acogimiento familiar».

propios presupuestos del desamparo impiden su utilización con carácter preventivo, pues el *nasciturus* no tiene personalidad jurídica ni está sometido a potestad alguna, por lo que difícilmente puede haberse esta incumplido o ejercido inadecuadamente, y, en sentido estricto, no puede decirse que esté privado de la necesaria asistencia moral y material.

A nuestro juicio, y a pesar de la solidez de los argumentos contrarios, creemos que sí existe base para la declaración preventiva de desamparo del recién nacido, con la cautela, tantas veces repetida, de ponderar adecuadamente las circunstancias y no ir al desamparo si no reviste una gravedad suficiente.

No se trata de acudir a argumentos forzados, como son los que sugieren apreciar una futura desprotección y un futuro incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección²⁷. En realidad, el argumento lo proporciona el art. 29 C.c., la vieja regla inspirada en cuestiones sucesorias, pero que se formula con tal grado de generalidad que nada impide su extensión a cualquier otro ámbito patrimonial o personal. Por ser un efecto favorable y previa adecuada ponderación y valoración de las circunstancias, la protección del *nasciturus* del art. 29 C.c. es la razón para extender la declaración de desamparo a un momento anterior al nacimiento.

Entre los «efectos que le sean favorables» del art. 29 C.c. estaría, a nuestro juicio, la declaración preventiva del desamparo, no siendo obstáculo que se pudiese aducir que no se refiere a un supuesto patrimonial propiamente dicho. No está claro que la voluntad del legislador fuese reducir la protección civil del *nasciturus* a supuestos estrictamente patrimoniales. La regla del art. 29 C.c. es lo suficientemente general para entender que abarca tanto intereses patrimoniales como personales²⁸.

En consecuencia, esta omisión no debe entenderse en el sentido de que no sea posible declarar, de manera preventiva, el desamparo cuando se constata el riesgo prenatal y la

²⁷ El argumento, en línea con la STSJ Aragón de 4 de enero de 2010 que citábamos en una nota anterior, vendría a ser el siguiente: si tomamos como base la definición de situación de desamparo que contiene el art. 172.1.II C.c. (y se reproduce el art. 18.2.I LOPJM), veremos que se exige que se produzca una desprotección («... queden privados de la necesaria asistencia moral o material») a causa «del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores». Por ello, basta con que se prevea claramente en el futuro que se darán los requisitos del art. 172.1.II C.c. para proceder a una declaración preventiva de desamparo. La conducta anterior al nacimiento del hijo, el maltrato prenatal, hace ya posible apreciar la futura desprotección y el futuro incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección.

²⁸ Al respecto, ALISTE SANTOS, T.J.: *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 159 y ss; VERDERA SERVER, R.: *Lecciones de Derecho civil. Derecho civil I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 209

situación reviste un grado de gravedad tal que aconseja que desde el instante mismo del nacimiento la Administración asuma la tutela automática del recién nacido.

Por último, conviene señalar que, como alternativa a la declaración preventiva de desamparo y en la dirección de evitar un vacío en la protección del menor que acaba de nacer, podría plantearse también como solución la guarda provisional, figura que constituye una novedad introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a adolescencia²⁹. En este caso, sin necesidad de declarar el desamparo, puede darse también inmediata protección al recién nacido³⁰.

²⁹ Conforme al art. 172.4 C.c.:

«En cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución administrativa, y lo comunicará al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo.

Tales diligencias se realizarán en el plazo más breve posible, durante el cual deberá procederse, en su caso, a la declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela o a la promoción de la medida de protección procedente. Si existieran personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pudieran asumir la tutela en interés de éste, se promoverá el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias.

Cuando hubiera transcurrido el plazo señalado y no se hubiera formalizado la tutela o adoptado otra resolución, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones procedentes para asegurar la adopción de la medida de protección más adecuada del menor por parte de la Entidad Pública».

³⁰ Esta vía tiene también sus inconvenientes. Por un lado, y reiterando lo tantas veces dicho, hay que ponderar y valorar adecuadamente la situación y si es de riesgo no está autorizado acudir al desamparo o a la guarda provisional. Por otro, la poco acertada redacción del art. 172.4 C.c., con sus grandes sombras, como las relativas a la falta de concreción del plazo para determinadas actuaciones, que puede generar inseguridad jurídica; sobre ello, *vid.* TEJEDOR MUÑOZ, L.: *op.cit.*, pp. 153 y 154.